

Giuseppe Arcangioli *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ARCANGIOLI

File No.: 23380.

1993: November 12; 1994: January 27.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Third party's propensity for violence — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Defence advancing theory that stabbing committed by third party — Evidence adduced by defence indicating that third party had stabbed another person earlier that evening and had been previously convicted of armed robbery — Whether trial judge properly instructed jury on use to be made of defence evidence concerning third party's propensity for violence — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Consciousness of guilt — Flight from crime scene — Charge to jury — Accused charged with aggravated assault following a stabbing — Accused admitted punching victim but testified that stabbing was committed by third party — Whether trial judge properly instructed jury on inferences to be drawn from accused's flight from crime scene — Whether curative provision of Criminal Code should be applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with aggravated assault in connection with a stabbing which occurred during a fight. At trial, the accused admitted punching the victim several times but testified that he fled when he saw S, another person on the scene, stab the victim in the back. The defence adduced evidence connecting S with a previous stabbing, which had occurred a short distance away earlier that evening, and evidence showing that S

Giuseppe Arcangioli *Appellant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARCANGIOLI

^b N° du greffe: 23380.

1993: 12 novembre; 1994: 27 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Propension d'un tiers à la violence — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — Thèse de la défense selon laquelle l'agression à coups de couteau est le fait d'un tiers — Production par la défense d'une preuve indiquant qu'un tiers, déjà déclaré coupable de vol à main armée, avait poignardé une autre personne plus tôt ce soir-là — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur l'usage qui devait être fait de la preuve de la défense concernant la propension du tiers à la violence? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Conscience de culpabilité — Fuite des lieux du crime — Exposé au jury — Accusation de voies de fait graves portée à la suite d'une agression à coups de couteau — L'accusé a avoué avoir frappé la victime à coups de poing mais a témoigné que l'agression à coups de couteau était le fait d'un tiers — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives appropriées sur les conclusions à tirer du fait que l'accusé s'était enfui des lieux du crime? — Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

L'accusé a été inculpé de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau survenue au cours d'une bagarre. Au procès, l'accusé a avoué avoir asséné plusieurs coups de poing à la victime mais a témoigné avoir pris la fuite lorsqu'il a vu S, une autre personne sur les lieux, poignarder la victime dans le dos. La défense a présenté une preuve reliant S à une agression à coups de couteau survenue près de là, plus tôt le

had a criminal record for break and enter, theft, breach of probation, and armed robbery during which a gun and a knife were wielded. In his testimony, S denied both stabbings and being armed during the armed robbery. Several witnesses to the fight corroborated the accused's version of the events but it was the Crown's theory that those witnesses, all of whom were friends of the accused, fabricated their stories in order to place the blame for the stabbing on S. The trial judge instructed the jury that S's criminal record was relevant to the issue of his credibility as a witness. He also instructed the jury that the evidence of the accused's flight was a factor to be considered in reaching their verdict but that this evidence was not conclusive as innocent people sometimes flee the scene of a crime. Defence counsel at trial did not object to the trial judge's charge on these issues. The accused was convicted of aggravated assault and his conviction was affirmed by a majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge failed to charge the jury properly with respect to the use that could be made of the evidence adduced by the accused concerning S's bad character or propensity for violence. The evidence of S's previous conviction for armed robbery and his connection with the first stabbing incident was sufficiently probative to warrant its admission and use for the purpose of establishing that S had wielded a knife in the past and was therefore likely to have stabbed the victim. The trial judge's instructions that the jury could consider S's criminal record in assessing his credibility as a witness, however, may have misled the jury into supposing that S's character evidence could not be used as proof of his disposition. To avoid any confusion in this case, the trial judge should have also instructed the jury that if, and to the extent that, they accepted the evidence of S's character, they were entitled to consider such evidence in support of the defence theory that there was a reasonable doubt S, rather than the accused, stabbed the victim. On the facts of this case, the jury might not have known that the evidence could be relied upon for that purpose. Although defence counsel did not raise this issue before the trial judge, the defence theory arose naturally and clearly out of the evidence and the accused was entitled to have the jury charged with respect to it. If properly

même soir, et une preuve montrant que S avait un casier judiciaire pour introduction par effraction, vol, violation des conditions d'une ordonnance de probation et vol à main armée au cours duquel une arme à feu et un couteau avaient été brandis. Dans son témoignage, S a nié avoir participé aux deux agressions à coups de couteau et avoir été armé au cours du vol à main armée. Plusieurs témoins de la bagarre ont corroboré la version des faits de l'accusé mais, selon la thèse du ministère public, ces témoins, tous amis de l'accusé, ont fabriqué leurs récits en vue de rejeter le blâme sur S. Le juge du procès a, dans ses directives au jury, dit que le casier judiciaire de S était pertinent eu égard à la question de sa crédibilité à titre de témoin. Elle a également dit au jury que la preuve de la fuite de l'accusé était un facteur à prendre en considération en rendant son verdict, mais que cette preuve n'était pas concluante puisqu'il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime. Au procès, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'exposé du juge sur ces questions. L'accusé a été reconnu coupable de voies de fait graves et la Cour d'appel à la majorité a confirmé sa déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès n'a pas donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve présentée par l'accusé au sujet de la mauvaise moralité de S ou de sa propension à la violence. La preuve de sa déclaration antérieure de culpabilité de vol à main armée et de son lien avec la première agression à coups de couteau était suffisamment probante pour en justifier l'admission et l'utilisation dans le but d'établir que S avait brandi un couteau dans le passé et qu'il était donc susceptible d'avoir poignardé la victime. Il se peut toutefois que les directives du juge du procès, suivant lesquelles le jury pouvait examiner le casier judiciaire de S pour évaluer sa crédibilité à titre de témoin, aient amené à tort le jury à supposer que la preuve de la moralité de S ne pouvait servir de preuve de sa prédisposition. Pour éviter toute confusion en l'espèce, le juge du procès aurait dû également dire au jury que, s'il acceptait la preuve de la moralité de S, il était en droit de prendre en considération cette preuve à l'appui de la thèse de la défense selon laquelle il y avait un doute raisonnable que c'était S, plutôt que l'accusé, qui avait poignardé la victime. D'après les faits de la présente affaire, il se pourrait que le jury n'ait pas su qu'il pouvait, à cette fin, se fonder sur cette preuve. Bien que l'avocat de l'accusé n'ait pas soulevé cette question devant le juge du procès, la thèse de la défense découlait naturellement et nettement de la preuve et l'accusé avait

instructed, it is possible that the jury would have had a reasonable doubt as to the accused's guilt.

As well, the trial judge failed to instruct the jury properly regarding the use that could be made of the evidence of the accused's flight from the scene. To be useful, flight must give rise to an inference of consciousness of guilt in regard to a specific offence. Where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence. Any inference to be drawn from flight disappears when an explanation for such flight is available. Here, the jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight. The trial judge's direction that even innocent people sometimes flee the scene of a crime was insufficient in light of the fact that the accused admitted that he had committed common assault by punching the victim, and thus had reason to flee. The trial judge should have instructed the jury that because his flight was equally consistent with common assault and with aggravated assault, it could not support an inference of consciousness of guilt with respect to the latter. Since she did not charge the jury in those terms, there is a danger that the jury may have wrongly inferred from the evidence that the accused fled because of his guilt in stabbing the victim.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is inapplicable in the present case. There is a possibility that, but for the trial judge's errors, the jury's verdict would have been different. Defence counsel's failure to object to a jury charge is not determinative of the applicability of the *Code's* curative provision.

Cases Cited

Applied: *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); **referred to:** *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545, leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. xii; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Kendall* (1987), 35

droit à ce que le jury reçoive des directives à cet égard. S'il avait reçu des directives appropriées, le jury aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Le juge du procès n'a pas non plus donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve du fait que l'accusé s'était enfui des lieux. Pour constituer un élément utile, la fuite doit donner lieu à une conclusion de conscience de culpabilité d'une infraction précise. Lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise. Toute conclusion à tirer de la fuite disparaît lorsqu'il est possible d'en fournir une explication. En l'espèce, le jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite. La directive du juge du procès selon laquelle même des personnes innocentes peuvent parfois s'enfuir des lieux d'un crime était insuffisante compte tenu du fait que l'accusé a avoué avoir commis des voies de fait simples en frappant la victime à coups de poing et qu'il avait donc des raisons de s'enfuir. Le juge du procès aurait dû dire au jury que, parce que la fuite de l'accusé était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, elle ne pouvait pas justifier une conclusion de conscience de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction. Étant donné que le juge n'a pas donné au jury des directives en ce sens, il y a un risque que le jury ait erronément conclu de la preuve que l'accusé a pris la fuite parce qu'il était coupable d'avoir poignardé la victime.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est inapplicable en l'espèce. Il existe une possibilité que le verdict du jury eut été différent en l'absence des erreurs du juge du procès. L'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à un exposé au jury n'est pas déterminante quant à l'applicabilité de la disposition réparatrice du *Code*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (1977); **arrêts mentionnés:** *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356; *R. c. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. xii; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c.*

C.C.C. (3d) 105; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145(1); am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 18 W.C.B. (2d) 270, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of aggravated assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Clayton C. Ruby, for the appellant.

Jamie C. Klukach, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant was convicted by a judge and jury of aggravated assault in connection with a stabbing and was sentenced to four years' imprisonment. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Galligan J.A. dissenting.

The appellant appeals as of right on the point of law raised in Galligan J.A.'s dissent, i.e., whether the trial judge properly instructed the jury regard-

Kendall (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

b Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145(1); mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

c Doctrine citée

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
d Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 18 W.C.B. (2d) 270, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de voies de fait graves. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant.

Jamie C. Klukach, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — À l'issue d'un procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré coupable de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau et il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge Galligan étant dissident.

L'appelant se pourvoit de plein droit sur le point de droit soulevé dans la dissidence du juge Galligan, à savoir si le juge du procès a donné au jury

ing evidence adduced by the accused to the effect that another person at the scene of the crime had minutes earlier stabbed another person, and therefore was more likely than the accused to have stabbed the victim. The appellant was also granted leave to argue the additional issue of whether the trial judge properly instructed the jury with respect to the inference to be drawn from the fact that he ran from the scene of the crime.

I. The Facts

A scuffle occurred outside Rafferty's, a Scarborough bar, at approximately 1:00 a.m. on August 22, 1991. One of the participants, Theodore Heffern, tried to escape and was chased by a number of individuals, including the appellant. Heffern ran onto the poorly-lit porch of a neighbouring house. One member of the pursuing group, Edward Sweeney, followed him onto the porch and began punching and kicking him. The appellant joined the fracas, and admits to having punched Heffern several times. When it became apparent that Heffern had been stabbed in the back, the appellant, Sweeney and a number of witnesses fled the scene.

The appellant admitted common assault but denied aggravated assault, and gave evidence that he saw a black man, whom he identified as Jason Semester, approach the porch with a knife, stab Heffern and flee.

Heffern testified that he did not see who stabbed him and that he did not see anyone other than the appellant and Sweeney on or near the porch at the time of the attack. He noted, however, that he had blacked out for approximately 10 seconds during the incident.

Semester denied stabbing Heffern. He testified that he saw three men, including the victim, on or near the porch during the assault, but that he did not see anyone being stabbed. He also said that

des directives appropriées concernant la preuve produite par l'accusé, suivant laquelle une autre personne présente sur les lieux du crime en avait, quelques minutes auparavant, poignardé une autre et était donc plus susceptible que l'accusé d'avoir poignardé la victime. L'appellant a obtenu l'autorisation de soulever également la question du caractère suffisant des directives au jury touchant la conclusion à tirer du fait qu'il s'est enfui des lieux du crime.

I. Les faits

Une bagarre a éclaté à l'extérieur du Rafferty's, un bar de Scarborough, vers 1 h le 22 août 1991. L'un des protagonistes, Theodore Heffern, a tenté de s'échapper et a été poursuivi par un certain nombre d'individus dont l'appellant. Heffern s'est rendu en courant sur la galerie faiblement éclairée d'une maison voisine. Un des poursuivants, Edward Sweeney, l'a suivi sur la galerie et s'est mis à le frapper à coups de poing et de pied. L'appellant s'est joint à la bagarre et a avoué avoir asséné plusieurs coups de poing à Heffern. Quand il est devenu manifeste que celui-ci avait été poignardé dans le dos, l'appellant, Sweeney et quelques autres témoins ont pris la fuite.

L'appellant a avoué avoir commis des voies de fait simples mais a nié avoir commis des voies de fait graves. Il a déclaré en témoignage avoir vu un homme de race noire, qu'il a identifié comme étant Jason Semester, s'approcher de la galerie armé d'un couteau, poignarder Heffern et s'enfuir.

Heffern a témoigné ne pas avoir vu la personne qui l'a poignardé et n'avoir vu personne d'autre que l'appellant et Sweeney sur la galerie ou à proximité de celle-ci au moment de l'attaque. Il a cependant souligné qu'il avait perdu conscience pendant une dizaine de secondes au cours de l'incident.

Semester a nié avoir poignardé Heffern. Il a témoigné qu'il a vu trois hommes, dont la victime, sur la galerie ou à proximité de celle-ci pendant l'agression, mais qu'il n'a vu personne être poi-

there were a number of black men, in addition to himself, who witnessed the event.

James Kelly, Todd Ford and Reginald Nash, who were among the witnesses to the assault on the porch, testified at trial in support of the appellant's version of the events. It was the Crown's theory that those witnesses, all of whom were friends of the appellant, fabricated their stories in order to place the blame for the stabbing on Semester.

Kelly's evidence was that he saw Semester go up to the porch and stab Heffern. He also stated that he had spoken to Semester prior to the attack and that Semester appeared to be "buzzed" or "high" on drugs.

Ford testified that a number of black men were present during the assault and that he saw an individual matching Semester's general description approach the porch, stick his hand through the porch railing, and then flee. Ford further testified that he noticed moments later that the same man was carrying a knife.

Nash testified that while he did not see anyone run up to the porch or stab Heffern, he did see an individual matching Semester's description, and whom he identified at trial as being Semester, run away from the porch. He also claimed that there was only one black man among the crowd who witnessed the assault and that he heard a member of the crowd say that Heffern had been stabbed by a black man. Nash further testified that an hour after the assault had occurred, he met Semester who showed him a bloody knife and admitted to the stabbing. However, when arrested and charged with aggravated assault in connection with the incident, Nash did not reveal that information to the police. At trial, he explained his silence on the grounds that he did not want to get anyone involved with the police and that he was afraid that Semester or others would harm him if he implicated Semester in the stabbing.

gnardé. Il a également dit qu'un certain nombre d'hommes de race noire avaient, comme lui, été témoins de l'événement.

^a James Kelly, Todd Ford et Reginald Nash, qui étaient au nombre des témoins de l'agression sur la galerie, ont témoigné au procès à l'appui de la version des faits de l'appellant. Selon la thèse du ^b ministère public, ces témoins, tous amis de l'appellant, ont fabriqué leurs récits en vue de rejeter le blâme sur Semester.

^c Dans sa déposition, Kelly a déclaré avoir vu Semester monter sur la galerie et poignarder Heffern. Il a ajouté qu'il avait parlé à Semester avant l'attaque et que celui-ci lui était apparu «gelé» ou ^d «parti» sous l'effet de la drogue.

Ford a témoigné qu'un certain nombre de Noirs étaient présents au moment de l'agression, qu'il avait vu un individu correspondant au signalement général de Semester s'approcher de la galerie, passer la main à travers les barreaux puis s'enfuir. Ford a ajouté avoir remarqué quelques instants plus tard que le même homme portait un couteau.

^e Nash a témoigné n'avoir vu personne monter en courant sur la galerie ou poignarder Heffern, mais il a affirmé avoir aperçu un individu correspondant au signalement de Semester, et qu'il a identifié au ^f procès comme étant Semester, s'enfuir en courant de la galerie. Il a également prétendu qu'il n'y avait qu'un seul Noir parmi les témoins de l'agression et qu'il avait entendu l'un d'eux affirmer que ^g Heffern avait été poignardé par un Noir. Nash a ajouté qu'une heure après l'agression il a rencontré Semester qui lui a montré un couteau maculé de sang en avouant avoir poignardé la victime. Toutefois, lorsqu'il a été arrêté et accusé de voies de fait ^h graves en rapport avec l'incident, Nash n'a pas divulgué ce renseignement à la police. Au procès, il a justifié son silence par le fait qu'il voulait éviter que quelqu'un ait des démêlés avec la police et qu'il craignait que Semester ou d'autres personnes lui fassent du mal s'il impliquait Semester dans ⁱ l'agression à coups de couteau. ^j

Another witness, Kerri-Ann Parsons, testified that the only people on or near the porch at the relevant time were the appellant, Sweeney and Heffern. Parsons also testified that while she saw the appellant hunched over the fallen Heffern, she could not see what he was doing with his arms because his back was to her. Parsons stated that she did not see anyone stab Heffern.

A number of witnesses stated that the appellant had blood on his right hand after the incident. The appellant testified that he was holding Heffern, who was in a sitting position, around the head with his left arm while punching him with his right hand when Semester unexpectedly stabbed him in the back. That evidence was challenged by the Crown during cross-examination on the ground that it would not explain how the appellant got blood on his right hand.

A half hour before the initial scuffle occurred outside Rafferty's, another stabbing occurred a short distance away in the parking lot of a Pizza Pizza restaurant. The victim, Cameron Day, along with Jim Kelly, the witness who testified on behalf of the appellant, were involved in a fight. Kelly's evidence was that he and Semester had drawn knives during the altercation, but that he did not see Semester, or anyone else, stab Day.

Day testified that he was involved in a fist fight with a white man when a black man, who he could not identify by photograph, intervened and struck him in the stomach; he later realized that he had been stabbed by the intervener. Day did not get a good look at the person who stabbed him and gave a description of the assailant that was not entirely consistent with Semester's appearance. Day also testified that he did not see anyone wield a knife during the incident.

William Cowan, a friend of Day's, testified that he saw a white man and a black man involved in an altercation with Day. However, he did not get a good look at the black man, nor could he make a

Un autre témoin, Kerri-Ann Parsons, a déclaré que l'appellant, Sweeney et Heffern était les seules personnes qui se trouvaient sur la galerie ou à proximité de celle-ci au moment pertinent. Parsons a également dit qu'elle avait aperçu l'appellant se pencher sur Heffern qui était par terre, mais qu'elle n'avait pu voir ce qu'il faisait avec ses bras parce qu'il lui tournait le dos. Elle a déclaré n'avoir vu personne poignarder Heffern.

Un certain nombre de témoins ont déclaré que l'appellant avait du sang sur la main droite après l'incident. Ce dernier a expliqué qu'il avait immobilisé Heffern, alors en position assise, en lui passant le bras gauche autour de la tête et qu'il était en train de le frapper de la main droite lorsque Semester l'a subitement poignardé dans le dos. Lors du contre-interrogatoire, le ministère public a attaqué ce témoignage en faisant valoir qu'il n'expliquait pas pourquoi l'appellant avait du sang sur la main droite.

Une demi-heure avant que la première bagarre n'éclate à l'extérieur du Rafferty's, une autre attaque à coups de couteau s'était produite près de là dans le terrain de stationnement d'un restaurant Pizza Pizza. La victime, Cameron Day, ainsi que Jim Kelly qui a témoigné en faveur de l'appellant, ont été mêlés à une bagarre. Selon la déposition de Kelly, Semester et lui ont brandi des couteaux pendant l'altercation; Kelly a toutefois affirmé qu'il n'avait pas vu Semester, ni qui que ce soit d'autre, poignarder Day.

Day a témoigné qu'il participait à une bagarre à coups de poing avec un Blanc lorsqu'un Noir, qu'il n'a pu identifier au moyen d'une photographie, est intervenu et l'a frappé à l'estomac; il a ensuite réalisé qu'il avait été poignardé par l'intervenant. Day n'a pas bien vu la personne qui l'a poignardé et il a donné de son assaillant une description qui ne correspondait pas en tous points à Semester. Il a également dit n'avoir vu personne brandir un couteau pendant l'incident.

William Cowan, un ami de Day, a témoigné avoir vu un Blanc et un Noir participer à l'altercation avec Day. Cependant, il n'a pas bien vu le Noir et n'a pu l'identifier à l'aide d'une photogra-

photographic identification. Cowan did not see anyone wield a knife during the altercation.

Semester testified that he and a number of other black men were present during the incident but denied ever carrying a knife or stabbing Day.

Finally, evidence was led to show that Semester had a criminal record for break and enter, theft, breach of probation, and armed robbery during which a gun and a knife were wielded. With respect to the last conviction, he gave evidence that he merely accompanied the individuals who committed the robbery and that he was unarmed at the time.

II. The Courts Below

The Trial Court

The trial judge instructed the jury that appellant's criminal record was relevant only to the issue of his credibility as a witness. She similarly confined the evidence of Semester's criminal record, which included a crime of violence, to the issue of credibility. The jurors were not told that they could also consider Semester's criminal record, together with the evidence connecting him with the stabbing of Day, as supporting the appellant's contention that Semester had a propensity for violence and had stabbed Heffern. If accepted, that evidence could have supported the appellant's version of the events and raised a reasonable doubt as to his guilt.

The trial judge also instructed the jury that the evidence of the appellant's flight was a factor to be considered in reaching their verdict. However, she clearly stated that that evidence was not conclusive as innocent people sometimes flee the scene of a crime.

Defence counsel at trial did not object to the fact that the trial judge's charge dealt with Semester's criminal record only in connection with the issue

phie. Il n'a vu personne brandir un couteau pendant l'altercation.

Semester a confirmé que lui et plusieurs autres Noirs étaient présents pendant l'incident, mais il a nié avoir eu un couteau ou avoir poignardé Day.

Enfin, il a été mis en preuve que Semester avait un casier judiciaire pour introduction par effraction, vol, violation des conditions d'une ordonnance de probation et vol à main armée au cours duquel une arme à feu et un couteau avaient été brandis. En ce qui concerne cette dernière déclaration de culpabilité, Semester a témoigné qu'il n'avait fait qu'accompagner les auteurs du vol qualifié et qu'il n'était pas armé à ce moment-là.

II. Les juridictions inférieures

Le tribunal de première instance

Le juge du procès a, dans ses directives au jury, dit que le casier judiciaire de l'appelant n'était pertinent qu'en égard à la question de sa crédibilité à titre de témoin. Elle a de même limité à la question de la crédibilité la preuve du casier judiciaire de Semester, qui faisait notamment état d'un crime de violence. Elle n'a pas dit aux jurés qu'ils pouvaient également considérer le casier judiciaire de Semester, ainsi que la preuve le reliant à l'agression à coups de couteau contre Day, comme appuyant la prétention de l'appelant que Semester avait une propension à la violence et avait poignardé Heffern. S'ils avait été acceptés, ces éléments de preuve auraient pu appuyer la version des faits donnée par l'appelant et soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Le juge du procès a également dit au jury que la preuve de la fuite de l'appelant était un facteur à prendre en considération en rendant son verdict. Cependant, elle a clairement affirmé que cette preuve n'était pas concluante puisqu'il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime.

Au procès, l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que, dans son exposé, le juge ne traite du casier judiciaire de Semester que relativement à

of credibility and did not comment at all upon the use that could be made of the evidence tying Semester to the earlier stabbing of Day. Similarly, counsel did not object to the jury charge with respect to the instruction given regarding the inference to be drawn from the appellant's flight from the scene.

The Court of Appeal for Ontario

A majority of the Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal: (1993), 18 W.C.B. (2d) 270. Brooke and Labrosse J.J.A. considered but rejected the submission that the trial judge erred in not instructing the jury that the evidence of Semester's criminal record and his connection with the stabbing of Day within the half hour of the stabbing of Heffern could have probative value to show that he was likely to have stabbed Heffern. The majority noted that no objection had been taken to the charge at trial, and stated that it was implicit in the jury's verdict that they accepted the evidence of Semester denying involvement and rejected the evidence of the appellant. They concluded that the jury would not have reached a different verdict had they been charged as now requested by the appellant.

In dissent, Galligan J.A. stated that even in the absence of a request by the defence, the trial judge should have charged the jury that if they believed the evidence regarding Semester's involvement in the stabbing of Day, then they would be entitled to consider that evidence as tending to support the appellant's testimony that it was Semester who stabbed Heffern.

The inference if any to be drawn from the appellant's flight from the scene of the stabbing was not commented upon by the Court of Appeal.

III. Points in Issue

This appeal raises three issues:

la question de la crédibilité, et il n'a fait aucune remarque au sujet de l'usage qui pouvait être fait de la preuve reliant Semester à l'agression à coups de couteau commise précédemment contre Day. De même, il ne s'est pas opposé à l'exposé au jury pour ce qui était de la conclusion à tirer du fait que l'appelant s'était enfui des lieux.

La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté l'appel: (1993), 18 W.C.B. (2d) 270. Après examen, les juges Brooke et Labrosse ont rejeté l'argument voulant que le juge du procès ait commis une erreur en ne précisant pas, dans ses directives au jury, que la preuve du casier judiciaire de Semester et son lien avec l'agression à coups de couteau commise contre Day au cours de la demi-heure qui avait précédé celle dont Heffern avait été victime pouvaient avoir une valeur probante aux fins d'établir que Semester était susceptible d'avoir poignardé Heffern. Soulignant que l'exposé n'avait fait l'objet d'aucune objection au procès, les juges formant la majorité ont déclaré qu'il ressortait implicitement du verdict des jurés que ceux-ci avaient accepté le témoignage de Semester dans lequel il niait toute participation, et qu'ils avaient rejeté le témoignage de l'appelant. Ils ont conclu que le jury n'aurait pas rendu un verdict différent s'il avait reçu les directives que réclame maintenant l'appelant.

Le juge Galligan, dissident, a affirmé que, même en l'absence d'une requête de la défense, le juge du procès aurait dû dire aux jurés que s'ils ajoutaient foi aux témoignages concernant la participation de Semester à l'agression à coups de couteau contre Day, ils seraient alors en droit de considérer que ces témoignages tendent à étayer le témoignage de l'appelant selon lequel c'est Semester qui a poignardé Heffern.

La Cour d'appel n'a fait aucun commentaire au sujet de la conclusion à tirer, s'il y a lieu, du fait que l'appelant s'est enfui des lieux de l'agression.

III. Questions en litige

Ce pourvoi soulève trois questions:

(1) Was the majority of the Ontario Court of Appeal correct in holding that the trial judge had not erred in failing to instruct the jury that if they accepted evidence that indicated Semester had wielded a knife in the past, they could consider that evidence as supporting the appellant's contention that it was Semester, and not he, who stabbed Heffern?

(2) Did the Ontario Court of Appeal err in not holding that the trial judge had failed to properly instruct the jury with respect to the inference to be drawn from the fact that the appellant fled from the scene of the stabbing?

(3) If the trial judge was in error, can the error(s) be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46?

IV. Analysis

A. *The Issue of Semester's Past Conduct*

In her charge to the jury, the trial judge referred to the evidence of Semester's criminal record and instructed the jury that they could consider that evidence in assessing his credibility as a witness and in determining the weight to be given to his evidence. She did not, however, instruct them that Semester's conviction for robbery during which a knife and a gun were used, and the evidence, if accepted, of his involvement in the stabbing of Day earlier that evening, could support the appellant's contention that it was Semester who stabbed Heffern.

There are limits on the introduction and use of evidence during a criminal trial. Though relevant, evidence may be excluded on policy grounds. Illustrative of that is the well-known instruction on character evidence that "the Crown is not permitted to adduce evidence of the accused's bad character either by evidence of reputation or specific acts unless the accused has put character in issue or the evidence is otherwise relevant to an issue, as for instance as evidence of similar acts":

(1) La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a-t-elle eu raison de conclure que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en omettant de dire aux jurés, dans les directives qu'il leur a données, que s'ils acceptaient la preuve indiquant que Semester avait brandi un couteau dans le passé, ils pouvaient considérer que cette preuve étayait la prétention de l'appelant que c'est Semester, et non pas lui, qui a poignardé Heffern?

(2) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées quant à la conclusion à tirer du fait que l'appelant s'est enfui des lieux de l'agression?

(3) Si le juge du procès a commis une seule ou plusieurs erreurs, peut-il y être remédié par le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46?

IV. Analyse

A. *La question de la conduite passée de Semester*

Le juge du procès a, dans son exposé aux jurés, mentionné la preuve du casier judiciaire de Semester et leur a dit qu'ils pouvaient tenir compte de cette preuve pour évaluer sa crédibilité en tant que témoin et pour déterminer le poids à accorder à son témoignage. Elle ne leur a pas dit, toutefois, que la déclaration de culpabilité de Semester pour un vol qualifié au cours duquel il y avait eu utilisation d'un couteau et d'une arme à feu, ainsi que la preuve, si elle était acceptée, de sa participation à l'agression à coups de couteau commise, plus tôt ce soir-là, contre Day pouvaient étayer la prétention de l'appelant que c'est Semester qui a poignardé Heffern.

La production et l'utilisation d'une preuve au cours d'un procès criminel sont soumises à certaines restrictions. Bien qu'elle soit pertinente, une preuve peut être exclue pour des motifs de principe comme en témoigne la directive bien connue concernant la preuve de moralité, savoir qu'[TRADUCTION] «il n'est pas permis au ministère public de présenter une preuve de la mauvaise moralité de l'accusé, au moyen d'une preuve de sa réputation ou d'actes précis, à moins que l'accusé n'ait lui-

J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 454. While such evidence may be relevant, it is excluded on the grounds that its prejudicial effect is apt to outweigh its probative value; the danger exists that a jury may convict on the basis of the accused's reputation rather than on the basis of the evidence: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, § 190, at p. 811.

However, the danger of a wrongful conviction does not arise where the character evidence pertains not to the accused, but to a third party witness. Consequently, "[s]o long as it is relevant and not otherwise excluded by a rule of evidence, evidence of the bad character of a third party can be adduced by the defence": Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 467; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (Ont. C.A.); and *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, § 139, at p. 573. The Ontario Court of Appeal confirmed this in *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, aff'd [1977] 2 S.C.R. 824. There, the accused was charged with murdering his child. His defence was that his wife had killed the child. The Court of Appeal held that the accused was permitted to adduce evidence that his wife suffered from a psychopathic personality disorder and had committed acts of violence in the past in order to establish that she had a disposition to commit the offence in question.

However, evidence of a third party's bad character will not be admitted unless it is relevant. There would be no probative value in evidence that a third party had a propensity to commit the type of act in question if he was otherwise unconnected with the circumstances surrounding the charge, *R. v. McMillan*, *supra*, at p. 168, per Martin J.A.

Obviously, unless the third person is connected with the crime under consideration by other circumstances, evidence of such person's disposition to commit the offence is inadmissible on the grounds of lack of proba-

même soulevé la question de sa moralité ou que cette preuve ne soit par ailleurs pertinente sur un point, comme par exemple la preuve d'actes similaires»: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 454. Bien qu'une telle preuve puisse être pertinente, elle est exclue parce que son effet préjudiciable est susceptible de l'emporter sur sa valeur probante; le jury risque de déclarer l'accusé coupable en fonction de sa réputation et non de la preuve: *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, par. 190, à la p. 811.

Le risque d'une déclaration de culpabilité erronée n'existe pas, cependant, dans le cas où la preuve de moralité se rapporte non pas à l'accusé, mais à un tiers témoin. Par conséquent, [TRADUCTION] «[d]ans la mesure où elle est pertinente et où elle n'est pas par ailleurs exclue par une règle de preuve, la preuve de la mauvaise moralité d'un tiers peut être présentée par la défense»: Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 467; *R. c. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481 (C.A. Ont.); et *Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 1, par. 139, à la p. 573. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce principe dans l'arrêt *R. c. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé du meurtre de son enfant. Il a affirmé, en défense, que c'était sa femme qui avait tué l'enfant. La Cour d'appel a jugé que l'accusé pouvait, aux fins d'établir que sa femme était prédisposée à commettre l'infraction en cause, produire une preuve qu'elle souffrait d'un trouble psychopatique de la personnalité et qu'elle avait commis des actes de violence dans le passé.

Toutefois, la preuve de la mauvaise moralité d'un tiers ne sera admise que si elle est pertinente. La preuve de la propension d'un tiers à commettre le type d'acte en question n'aurait aucune valeur probante s'il était par ailleurs sans rapport avec les circonstances entourant l'accusation (*R. c. McMillan*, précité, à la p. 168 (le juge Martin)):

[TRADUCTION] Évidemment, à moins que la tierce personne ne soit reliée au crime en cause par d'autres circonstances, la preuve de la prédisposition de cette personne à commettre l'infraction est inadmissible en

tive value. For example, if A is charged with murdering X, in the absence of some nexus with the alleged offence, evidence that B has a propensity or disposition for violence, by itself, is inadmissible to prove B is the murderer because standing alone it has no probative value with respect to the probability of B having committed the offence. If, however, it is proved that A, B and X all lived in the same house when X was killed, and that B had a motive to kill X, then evidence that B had a propensity for violence, may have probative value on the issue whether B, and not A, killed X, and is accordingly admissible.

See also *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824, at p. 828; and *R. v. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356 (Ont. C.A.), at p. 366.

In *Scopelliti*, *supra*, the accused was charged with murder. He testified that he acted in self-defence, and sought to lead evidence of the deceased's character or disposition for violence to support his contention that the deceased was the aggressor. Martin J.A. stated at p. 496:

I agree, of course, that evidence of previous acts of violence by the deceased, not known to the accused, must be confined to evidence of previous acts of violence which may legitimately and reasonably assist the jury in arriving at a just verdict with respect to the accused's claim of self-defence. To exclude, however, evidence offered by the accused which is relevant to prove his innocence would not, in my view, be in the interests of justice.

Since evidence of prior acts of violence by the deceased is likely to arouse feelings of hostility against the deceased, there must inevitably be some element of discretion in the determination whether the proffered evidence has sufficient probative value for the purpose for which it is tendered to justify its admission. Moreover, great care must be taken to ensure that such evidence, if admitted, is not misused.

See also *R. v. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545 (Ont. C.A.), at p. 563, leave to appeal to S.C.C. refused, [1992] 1 S.C.R. xii; and *R. v. McMillan*, *supra*, at p. 167.

The proposition is unquestioned that evidence which is logically probative may be excluded

raison de l'absence de valeur probante. Par exemple, si A est accusé d'avoir tué X, la preuve que B a une propension ou une prédisposition à la violence est, en l'absence d'un lien quelconque avec l'infraction alléguée, inadmissible pour établir que B est le meurtrier parce qu'elle n'a en soi aucune valeur probante quant à la probabilité que B ait commis l'infraction. Si, toutefois, il est établi que A, B et X vivaient tous sous le même toit lorsque X a été tué, et que B avait un motif de tuer X, alors la preuve que B avait une propension à la violence pourrait avoir une valeur probante quant à la question de savoir si c'est B, et non A, qui a tué X, et cette preuve serait donc admissible.

Voir également *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824, à la p. 828, et *R. c. Williams* (1985), 18 C.C.C. (3d) 356 (C.A. Ont.), à la p. 366.

Dans l'affaire *Scopelliti*, précitée, l'accusé était inculpé de meurtre. Il a témoigné avoir agi en état de légitime défense et a cherché à présenter une preuve de la moralité de la victime ou de sa prédisposition à la violence afin d'étayer sa prétention que c'est elle qui était l'agresseur. Le juge Martin de la Cour d'appel déclare, à la p. 496:

[TRADUCTION] Je conviens, bien sûr, que la preuve d'actes de violence commis antérieurement par la victime, à l'insu de l'accusé, doit être limitée à la preuve des actes de violence antérieurs qui peuvent légitimement et raisonnablement aider le jury à rendre un verdict juste eu égard à l'état de légitime défense invoqué par l'accusé. Toutefois, exclure une preuve produite par l'accusé qui est pertinente pour prouver son innocence ne serait pas, à mon avis, dans l'intérêt de la justice.

Étant donné que la preuve d'actes de violence commis antérieurement par la victime est susceptible d'éveiller un sentiment d'hostilité à son égard, la question de savoir si, compte tenu de la fin à laquelle elle est offerte, cette preuve est suffisamment probante pour en justifier l'admission nécessite forcément l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire. De plus, il faut bien prendre soin de s'assurer que cette preuve ne soit pas mal utilisée si elle est admise.

Voir également *R. c. Yaeck* (1991), 68 C.C.C. (3d) 545 (C.A. Ont.), à la p. 563, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1992] 1 R.C.S. xii; et *R. c. McMillan*, précité, à la p. 167.

On ne conteste pas qu'il est possible d'exclure une preuve logiquement probante lorsque sa valeur

where its probative value is slight but its prejudicial effect upon the fair trial of the accused is great. However, courts are reluctant to exclude evidence offered by an accused in his defence: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, *per* McLachlin J., at p. 611:

Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted.

Evidence of a third party's character or violent disposition is admissible even if it refers to only one event; see, e.g., *Yaeck*, *supra*, at p. 564; and *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.), at p. 125.

In the present appeal, the appellant adduced evidence which could have been relied upon by the jury in support of his contention that it was Semester who stabbed Heffern. As noted above, there was evidence of Semester's criminal record, as well as evidence connecting him with the stabbing of Day.

There is little doubt that the evidence was sufficiently probative to warrant its admission and use for the appellant's purpose of establishing that Semester had wielded a knife in the past and therefore was likely to have stabbed Heffern. If believed by the jury, that evidence was capable of supporting the appellant's defence that it was Semester who stabbed Heffern, particularly in light of the fact that the Heffern stabbing and the Day stabbing occurred within a very short period of time.

After stating that the accused had a criminal record, the trial judge charged the jury in the following terms:

And I must warn you that you must not use the prior convictions as evidence that the accused committed a crime with which he is now charged. You must not conclude that because the accused has been convicted of other crimes he is disposed to commit further crimes.

probante est faible et que son effet préjudiciable sur l'équité du procès est important. Toutefois, les tribunaux hésitent à exclure une preuve que produit un accusé pour se défendre: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611 (le juge McLachlin):

Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable.

La preuve de la moralité d'un tiers ou de sa prédisposition à la violence est admissible même si elle ne se rapporte qu'à un seul événement; voir, par exemple, les arrêts *Yaeck*, précité, à la p. 564, et *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.), à la p. 125.

Dans le présent pourvoi, l'appelant a présenté une preuve, sur laquelle le jury aurait pu se fonder, à l'appui de sa prétention que c'est Semester qui a poignardé Heffern. Comme je l'ai déjà souligné, il y avait une preuve du casier judiciaire de Semester ainsi qu'une preuve le reliant à l'agression à coups de couteau contre Day.

Il y a peu de doute que la preuve était suffisamment probante pour en justifier l'admission et l'utilisation par l'appelant dans le but d'établir que Semester avait brandi un couteau dans le passé et qu'il était donc susceptible d'avoir poignardé Heffern. Si le jury y ajoutait foi, cette preuve était susceptible d'étayer le moyen de défense de l'appelant selon lequel c'était Semester qui avait poignardé Heffern, compte tenu notamment du fait que les agressions à coups de couteau contre Heffern et Day étaient très rapprochées dans le temps.

Après avoir dit que l'accusé avait un casier judiciaire, le juge du procès s'est adressé aux jurés dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Et je dois vous avertir que vous ne devez pas vous servir des déclarations de culpabilité antérieures comme preuve que l'accusé a commis un crime qui lui est maintenant reproché. Vous ne devez pas conclure que, parce que l'accusé a été déclaré coupable

You can only consider it as I have said, in deciding the credibility of the accused and you will decide what weight, if any, should be given to the prior criminal record of the accused on that matter.

That charge was appropriate. It is generally not open to the Crown to adduce evidence of the accused's character in order to suggest that he is likely to have committed the offence with which he is charged.

However, the same rule does not apply to evidence of the character of a third party, such as Semester. Unfortunately, the trial judge may have confused the jury on this point when she stated:

... as I told you, the fact that a witness has a criminal record is one of the circumstances that you can consider in deciding on his credibility and how much weight you wish to give to this evidence but it does not mean that he is not a trustworthy witness if in your opinion he is credible.

By referring to the instructions she earlier gave in respect of the accused, the trial judge may have misled the jury into supposing that evidence of Semester's character could not be used as proof of his disposition. A proper charge in this case would not cause this confusion. If, and to the extent that, they accepted the evidence of Semester's character, the jury was entitled to consider such evidence in support of the defence theory that there was a reasonable doubt Semester rather than the appellant stabbed Heffern. On the facts of this case, the jury might not have known that the evidence could be relied upon for that purpose.

It is expected that counsel will assist the trial judge in ensuring the charge to the jury is complete. It is regrettable that the appellant's trial counsel did not raise this issue before the trial judge. However, the defence theory arose naturally and clearly out of the evidence and the accused was entitled to have the jury charged with respect to it, *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, at p. 19, *per* Spence J.:

d'autres crimes, il est prédisposé à en commettre de nouveaux. Vous ne pouvez en tenir compte, comme je l'ai dit, que pour juger de la crédibilité de l'accusé et vous déciderez quel poids, s'il y a lieu, devrait être accordé au casier judiciaire de l'accusé sous ce rapport.

Cette directive était appropriée. Il n'est généralement pas loisible au ministère public de présenter une preuve de la moralité de l'accusé dans le but de laisser entendre qu'il est susceptible d'avoir commis l'infraction qui lui est reprochée.

Cependant, la même règle ne s'applique pas à la preuve de la moralité d'un tiers comme Semester. Malheureusement, il se peut que le juge du procès ait semé la confusion dans l'esprit du jury sur ce point lorsqu'elle a affirmé:

[TRADUCTION] ... comme je vous l'ai dit, le fait que le témoin ait un casier judiciaire est l'un des facteurs dont vous pouvez tenir compte pour juger de sa crédibilité et pour décider du poids que vous voulez accorder à cette preuve. Mais cela ne signifie pas qu'il n'est pas un témoin digne de foi si, à votre avis, il est crédible.

Il se peut qu'en mentionnant les directives qu'elle avait données précédemment au sujet de l'accusé le juge du procès ait amené à tort le jury à supposer que la preuve de la moralité de Semester ne pouvait servir de preuve de sa prédisposition. Des directives appropriées en l'espèce ne causeraient pas toute cette confusion. S'il acceptait la preuve de la moralité de Semester, le jury était en droit de prendre en considération cette preuve à l'appui de la thèse de la défense selon laquelle il y avait un doute raisonnable que c'était Semester, plutôt que l'appelant, qui avait poignardé Heffern. D'après les faits de la présente affaire, il se pourrait que le jury n'ait pas su qu'il pouvait, à cette fin, se fonder sur cette preuve.

On s'attend à ce que les avocats aident le juge du procès à s'assurer que l'exposé au jury soit complet. Il est regrettable que l'avocat de l'appelant n'ait pas soulevé cette question devant le juge du procès. Toutefois, la thèse de la défense découlait naturellement et nettement de la preuve et l'accusé avait droit à ce que le jury reçoive des directives à cet égard (*R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, à la p. 19 (le juge Spence)):

It is, of course, the duty of a trial judge to submit to the jury in his charge any defence available to the accused which had been revealed by the evidence whether or not counsel for the accused chose to advance that defence in his address to the jury. . . .

See also *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330, at p. 335.

Trial counsel's failure to object to a jury charge is not determinative of the applicability of the *Criminal Code's* "curative provision", s. 686(1)(b)(iii); see *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20.

B. *The Issue of Flight*

It is well established that an inference of guilt may be drawn from circumstantial evidence such as flight from the scene of a crime or the fabrication of lies relating to the offence in question. However, in charging a jury, a trial judge must take care to ensure that evidence of flight is not misused. The danger exists that a jury may erroneously leap from such evidence to a conclusion of guilt if not properly instructed, see *McCormick on Evidence*, *supra*, vol. 2, § 263, at p. 182:

... in many situations, the inference of consciousness of guilt of the particular crime is so uncertain and ambiguous and the evidence so prejudicial that one is forced to wonder whether the evidence is not directed to punishing the "wicked" generally rather than resolving the issue of guilt of the offense charged.

In *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.), the appellant was accused of manslaughter. This Court held, at pp. 332-33, that the trial judge did not properly charge the jury with respect to the fact that the appellant did not stop to give aid to the individuals who had been injured:

Then, the learned Judge's comments upon the conduct of the accused, in proceeding on his way, without pausing to inquire about the unfortunate victims, were calculated to convey an erroneous notion as to the significance of that conduct for the purpose in hand, as well as in respect of its evidentiary cogency.

C'est, évidemment, le devoir du juge de première instance de soumettre au jury, dans ses instructions, tout moyen dont l'accusé peut se prévaloir et qui ressort de la preuve, que l'avocat de l'accusé ait décidé ou non de recourir à ce moyen dans son exposé au jury . . .

Voir également *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, à la p. 335.

L'omission de l'avocat de l'accusé de s'opposer, au procès, à un exposé au jury n'est pas déterminante quant à l'applicabilité de la «disposition réparatrice» du *Code criminel* qu'est le sous-al. 686(1)(b)(iii): voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, aux pp. 1319 et 1320.

B. *La question de la fuite*

Il est bien établi que la culpabilité peut s'inférer d'un élément de preuve circonstancielle comme la fuite des lieux du crime ou le fait d'avoir menti relativement à l'infraction en cause. Dans son exposé au jury, le juge du procès doit toutefois prendre soin de s'assurer que la preuve de la fuite ne soit pas mal utilisée. Le jury qui n'a pas reçu de directives appropriées risque de se servir à tort de cette preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité; voir *McCormick on Evidence*, *op. cit.*, vol. 2, § 263, à la p. 182:

[TRADUCTION] ... dans bien des cas, l'inférence d'une conscience de culpabilité du crime en question est si incertaine et ambiguë, et la preuve si préjudiciable, que force est de se demander si la preuve ne vise pas à punir les «méchants» en général plutôt qu'à résoudre la question de la culpabilité de l'infraction reprochée.

Dans l'arrêt *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.), l'appelant était accusé d'homicide involontaire coupable. Notre Cour a conclu, aux pp. 332 et 333, que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées concernant le fait que l'appelant ne s'était pas arrêté pour prêter secours aux blessés:

[TRADUCTION] Alors, les remarques du juge, concernant le comportement que l'accusé a adopté en poursuivant son chemin sans s'arrêter pour s'informer du sort des malheureuses victimes, visaient à donner une idée erronée de l'importance de ce comportement pour les fins en cause et de sa force probante.

Having said what he did upon this matter, he ought at least to have added a warning to the jury that such conduct, however reprehensible, could have no more than an indirect bearing upon the issue before them . . . [H]e should have told them that they ought to be very cautious in imputing to the accused a consciousness of guilt, because of actions which, on reflection, they might think capable of explanation as due to panic.

We are forced to the conclusion that, on the whole, the charge was likely to create impressions which might preclude or gravely militate against a judicial examination by the jury of the grounds of defence.

In this case, the jury was clearly told that people sometimes flee in panic from the scene of a crime, even if they are entirely innocent. However, in some circumstances, the direction provided in *Gudmondson* will be inadequate, and the jury ought to be given further instruction. That is true in the present case. The appellant admitted to committing one offence, common assault, but denied having committed another, aggravated assault. The issue is whether the evidence of flight could support an inference of guilt with respect to the latter rather than the former.

A similar situation arose in *United States v. Myers*, 550 F.2d 1036 (5th Cir. 1977). The accused was wanted for two robberies; one was committed in Pennsylvania and the other in Florida. The reported decision concerns the latter. There was evidence that the accused fled when approached by FBI agents. Clark J. canvassed the law, adopted the view expressed in *McCormick on Evidence* (2nd ed. 1972), § 271, at p. 655, and concluded that the proper approach determines whether there is sufficient evidence in support of drawing four inferences:

- (1) from the accused's behavior to flight,
- (2) from flight to consciousness of guilt,
- (3) from consciousness of guilt to consciousness of guilt concerning the offence in question,

S'étant exprimé comme il l'a fait à ce sujet, le juge aurait dû à tout le moins avertir les jurés que ce comportement, si répréhensible soit-il, pouvait n'avoir qu'une incidence indirecte sur la question qui leur était soumise. [...] [I]l aurait dû leur dire qu'ils devaient réfléchir très longuement avant d'imputer à l'accusé une conscience de culpabilité pour des actes qui, après réflexion, pourraient leur paraître explicables par la panique.

Force nous est donc de conclure que, dans l'ensemble, l'exposé au jury était susceptible de créer des impressions qui pourraient empêcher un examen judiciaire des moyens de défense par le jury, ou militer gravement contre un tel examen.

Dans la présente affaire, on a dit clairement au jury qu'il arrive parfois à certaines personnes de s'enfuir des lieux d'un crime sous l'effet de la panique, même si elles sont totalement innocentes. Dans certaines circonstances cependant, la directive donnée dans l'arrêt *Gudmondson* sera insuffisante et le jury devrait en recevoir d'autres. C'est le cas en l'espèce. L'appelant a avoué avoir commis une infraction, celle de voies de fait simples, mais il a nié en avoir commis une autre, celle de voies de fait graves. Il s'agit donc de déterminer si la preuve de la fuite pourrait justifier une conclusion de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction, plutôt qu'à l'égard de la première.

Une situation semblable s'est présentée dans l'affaire *United States c. Myers*, 550 F.2d 1036 (5^e Cir. 1977). L'accusé était recherché pour deux vols qualifiés, l'un commis en Pennsylvanie et l'autre en Floride. La décision publiée concerne le dernier vol. Il y avait une preuve que l'accusé avait pris la fuite lorsque des agents du FBI s'étaient approchés de lui. Après avoir examiné le droit applicable et fait sien le point de vue exprimé dans *McCormick on Evidence* (2^e éd. 1972), par. 271, à la p. 655, le juge Clark a conclu qu'il convenait d'examiner s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour tirer quatre conclusions:

- (1) du comportement de l'accusé à la fuite,
- (2) de la fuite à la conscience de culpabilité,
- (3) de la conscience de culpabilité à la conscience de culpabilité de l'infraction reprochée,

(4) from consciousness of guilt of the offence in question to actual guilt of the offence in question.

(4) de la conscience de culpabilité de l'infraction reprochée à la culpabilité réelle de cette infraction.

Clark J. held that the third inference could not be drawn. Since the accused knew that he was wanted for a robbery committed in Pennsylvania, the possibility existed that he fled solely out of consciousness of guilt with respect to it, rather than the Florida robbery. To be useful, flight must give rise to an inference of consciousness of guilt in regard to a specific offence.

a Le juge Clark a conclu qu'il n'était pas possible de tirer la troisième conclusion. Comme l'accusé savait qu'il était recherché pour un vol qualifié commis en Pennsylvanie, il était possible qu'il se soit enfui uniquement parce qu'il se savait coupable de cette infraction, et non du vol commis en Floride. Pour constituer un élément utile, la fuite doit donner lieu à une conclusion de conscience de culpabilité d'une infraction précise.

The test articulated in *Myers* provides helpful guidance on the inferences that may be drawn from evidence of an accused's flight (or other possible indicia of consciousness of guilt, such as lying). Such evidence can serve the function of indicating consciousness of guilt only if it relates to a particular offence. Consequently, where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence.

c Le critère énoncé dans l'arrêt *Myers* apporte un éclairage utile quant aux conclusions qu'il est possible de tirer de la preuve de la fuite d'un accusé (ou d'autres indices possibles d'une conscience de culpabilité, tel le mensonge). Cette preuve ne peut servir à indiquer l'existence d'une conscience de culpabilité que si elle se rapporte à une infraction précise. Par conséquent, lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise.

Those principles can be applied to the facts of this appeal. The trial judge simply told the jury that people often flee the scene of a crime even if they are entirely innocent. Having said what she did upon this matter, she also should have told the jury that because the appellant's flight was equally consistent with both common assault and aggravated assault, it could not be evidence of guilt of the latter. Any inference to be drawn from flight disappears when an explanation for such flight is available, as it is here.

g Ces principes peuvent s'appliquer aux faits du présent pourvoi. Le juge du procès a simplement dit au jury qu'il arrive souvent que des gens parfaitement innocents s'enfuient des lieux d'un crime. S'étant exprimée comme elle l'a fait à ce sujet, le juge aurait également dû dire au jury qu'étant donné que la fuite de l'appelant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, elle ne pouvait constituer une preuve de culpabilité de cette dernière infraction. Toute conclusion à tirer de la fuite disparaît lorsqu'il est possible, comme en l'espèce, d'en fournir une explication.

The jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight. The trial judge's direction that even innocent people sometimes flee the scene of a crime was insufficient in

j Le jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite. La directive du juge du procès selon laquelle même des personnes innocentes peuvent parfois s'enfuir des lieux d'un crime était

light of the fact that the appellant admitted that he had committed common assault by punching Heffern, and thus had reason to flee. The issue was not whether the appellant fled because he was guilty or because he panicked despite being innocent. Rather, the issue was whether the appellant's flight indicated a consciousness of guilt arising from the fact that he had stabbed Heffern or rather from the fact that he had punched Heffern. And on that question, the evidence could have no probative value.

C. The Applicability of Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code

The principles and tests to be applied under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the "curative provision", are a matter of settled jurisprudence. That section places a burden on the Crown to justify the denial of a new trial despite the presence of an error in the lower court. While the satisfaction of that onus is a condition precedent to the application of the curative provision, the curative provision need not be applied even if the onus is met. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, the applicable test was stated to be whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred". See also *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 736-37; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

Having regard to the cumulative effect of the errors, I am of the view that the curative provision is inapplicable in the present case. There is a possibility that, but for the trial judge's errors, the jury's verdict would have been different.

The jury was not properly charged with respect to the use that could be made of the evidence adduced by the appellant concerning the fact that Semester had a propensity for violence as evidenced by his previous conviction for armed rob-

insuffisante compte tenu du fait que l'appelant a avoué avoir commis des voies de fait simples en frappant Heffern à coups de poing et qu'il avait donc des raisons de s'enfuir. La question n'était pas de savoir si l'appelant s'est enfui parce qu'il était coupable ou parce qu'il a été pris de panique même s'il était innocent. Il s'agissait plutôt de savoir si la fuite de l'appelant indiquait une conscience de culpabilité découlant du fait qu'il avait poignardé Heffern ou du fait qu'il l'avait frappé à coups de poing. Or, la preuve ne pouvait avoir de valeur probante à ce sujet.

C. L'applicabilité du sous-al. 686(1)b)(iii) du Code criminel

Les principes et les critères qui doivent être appliqués sous le régime de la «disposition réparatrice» qu'est le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* sont bien établis en jurisprudence. Cette disposition impose au ministère public l'obligation de justifier le refus de tenir un nouveau procès malgré l'existence d'une erreur commise par l'instance inférieure. Même si cette justification est une condition préalable à l'application de la disposition réparatrice, elle ne la rend pas obligatoire. Dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, on a dit que le critère applicable consistait à se demander si [TRADUCTION] «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite». Voir également *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 736 et 737; et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617.

Vu l'effet cumulatif des erreurs, je suis d'avis que la disposition réparatrice est inapplicable en l'espèce. Il existe une possibilité que le verdict du jury eut été différent en l'absence des erreurs du jury du procès.

Le jury n'a pas reçu de directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve présentée par l'appelant au sujet de la propension de Semester à la violence, qui ressortait de sa déclaration antérieure de culpabilité de vol à main

bery and the evidence that connected him to the stabbing of Day which occurred within the half hour before the stabbing of Heffern. It was not enough for the trial judge to instruct the jury that they could consider Semester's criminal record in assessing his credibility as a witness. She should have also instructed the jury that they could consider such evidence in connection with the appellant's contention that it was Semester who stabbed Heffern. If properly instructed, it is possible that the jury would have had a reasonable doubt as to the appellant's guilt.

The trial judge also failed to properly instruct the jury regarding the use that could be made of the evidence of the appellant's flight from the scene. It was not sufficient to tell the jury that entirely innocent men sometimes flee the scene of a crime. By his own admission, the appellant was not entirely innocent; he admitted that he had punched Heffern. The trial judge should have instructed the jury that the appellant's flight was equally consistent with common assault and with aggravated assault, and therefore was incapable of supporting an inference of consciousness of guilt with respect to the latter. Because she did not charge the jury in those terms, there is a danger that the jury may have wrongly inferred from the evidence that the appellant fled because of his guilt in stabbing Heffern. Since the jury might have reached a different verdict if properly charged, the curative provision cannot apply.

V. Conclusion

I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

armée, ainsi que de la preuve qui le reliait à l'agression à coups de couteau commise contre Day une demi-heure avant celle dont Heffern avait été victime. Il ne suffisait pas que le juge du procès dise aux jurés qu'ils pouvaient examiner le casier judiciaire de Semester pour évaluer sa crédibilité à titre de témoin. Elle aurait dû également leur dire qu'ils pouvaient tenir compte de cette preuve relativement à la prétention de l'appellant que c'était Semester qui avait poignardé Heffern. S'il avait reçu des directives appropriées, le jury aurait pu avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'appellant.

Le juge du procès n'a pas non plus donné au jury des directives appropriées quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve du fait que l'appellant s'était enfui des lieux. Il ne suffisait pas de dire aux jurés qu'il arrive parfois à des personnes parfaitement innocentes de s'enfuir des lieux d'un crime. De son propre aveu, l'appellant n'était pas totalement innocent; il a admis avoir frappé Heffern à coups de poing. Le juge du procès aurait dû dire au jury que la fuite de l'appellant était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves, et qu'elle ne pouvait donc pas justifier une conclusion de conscience de culpabilité à l'égard de cette dernière infraction. Étant donné que le juge n'a pas donné au jury des directives en ce sens, il y a un risque que le jury ait erronément conclu de la preuve que l'appellant a pris la fuite parce qu'il était coupable d'avoir poignardé Heffern. Puisque le jury aurait pu arriver à un verdict différent s'il avait reçu des directives appropriées, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer.

h V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.